

ramente que as observações e os conselhos da Organização poderão ser de grande ajuda às autoridades competentes, e que a Justiça do Brasil só tem a ganhar com isso.

## PARTE DE OUTRO ARTIGO

### Prisão Administrativa. Prisão Disciplinar Militar\*

Iran Velasco Nascimento\*\*

Para uma melhor compreensão do tema – Prisão Administrativa – necessário se faz ter presente a idéia do que seja a liberdade, especialmente a de locomoção.

A liberdade é assegurada a todos pela Constituição Federal, que também já indica que os seus limites deverão estar expressos na lei, posto que, como Direito Público que é, frente ao Estado, cabe a este regular as hipóteses de restrição legal a esse direito fundamental, como de resto, regular a própria vida de relação das pessoas no meio social.

Marcelo Jardim Linhares, em obra que tem o mesmo título (*Prisão Administrativa*), busca na doutrina de Kant o conceito filosófico de liberdade que se traduz como um *supremo valor ético, devendo o homem, por ela, ser respeitado e considerado, tratado não como coisa, instrumento ou meio, mas como fim em si mesmo. Todos os direitos se compendiam no direito de liberdade, valor supremo que coloca o homem acima do mundo dos fenômenos*<sup>1</sup>.

### Liberdade de locomoção

Mas é a liberdade de locomoção que nos interessa, para que possamos bem entender o tema a ser explorado. Segundo Pontes de Miranda, esta é liberdade física, faculdade fundamental de ir, ficar e vir.<sup>2</sup>

Essa liberdade de locomoção está, assim, limitada pela lei e sujeita a cerceamento pelo Estado, Administração e juiz, quando o titular desse direito comete infrações civis, penais ou administrativas.

### Restrições legais à liberdade de locomoção

Esse cerceamento de liberdade se dá principalmente pela prisão, que poderá ser civil, penal ou administrativa, conforme seja a natureza jurídica da infração praticada pelo sujeito.

Entretanto, é necessário observar que o nosso ordenamento jurídico consagra, além da prisão, outros constrangimentos à liberdade de locomoção, conforme está expresso, por exemplo, no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980), quando admite a *expulsão e deportação* de alienígenas por infrações por eles cometidas, relacionadas ao seu ingresso ou

\*III Seminário de Direito Militar para professores das Escolas Militares e assessores jurídicos das Forças Armadas (palestra proferida no dia 19/11/03 na sede do STM).

\*\* Juiz Federal da 8ª Vara – Seção Judiciária do Distrito Federal

permanência no Brasil (arts. 57 e 69 e seguintes) e a *extradição*, quando comete crime fora do Brasil.

A *expulsão* e a *deportação* são sanções administrativas que atingem a liberdade de locomoção, porque impedem o *estrangeiro de exercer o direito de permanecer ou ficar* no Território Nacional.

Já a prisão, conseqüentemente, incide no *direito de ir e vir* das pessoas.

## Hipóteses de prisão administrativa

Para não fugir da objetividade do tema tratado, procuraremos abordar, em rápidas pinceladas, aspectos que julgamos importantes sobre a prisão administrativa.

Do ponto de vista relativo ao conceito, finalidade e destinatários, a doutrina sempre distinguiu a prisão administrativa da prisão disciplinar, conquanto seja inegável que esta última tenha natureza administrativa.

Na primeira hipótese, a prisão administrativa é vista pela doutrina como um constrangimento ao direito de ir e vir, de natureza cautelar, pois que “visa a impossibilidade de ausentar-se o infrator, consigo levando os bens resultantes do dano causado à Fazenda Pública”.<sup>3</sup>

Já a prisão disciplinar, como também a conseqüente de condenação criminal, tem caráter retributivo, de castigo ou punição, é sanção que se impõe pela prática de uma transgressão disciplinar resultante de desídia no cumprimento do dever legal.

Por outro lado, a prisão administrativa, quanto aos que estão sujeitos à sua imposição, pode exercer-se contra todos, funcionários ou não, ao passo que a punição disciplinar somente pode ser aplicada a funcionários.<sup>4</sup>

Sobre a prisão administrativa, por exemplo, tratam o Código de Processo Penal comum (Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941) no art. 319, dispondo que ela será cabível contra os remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo e o estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional e nos demais casos previstos em lei e o Código de Processo Penal Militar na letra c, parágrafo único, art. 466, quanto aos funcionários civis, responsáveis para com a Fazenda Nacional, perante a Administração Militar.

Além dessas hipóteses de prisões administrativas, tem-se também as tratadas no Estatuto do Estrangeiro, como necessárias à deportação e expulsão (arts. 61 e 69 da Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980).

Antes da vigência da atual Constituição Federal de 1988, além das Militares, outras autoridades administrativas podiam decretar a prisão administrativa, como se vê, v.g., dos arts. 61 e 69 do Estatuto do Estrangeiro, que dava poderes ao ministro da Justiça para esse mister.

Entretanto, esses dispositivos legais, como outros, neste aspecto, não foram recepciona-

dos pela nova Carta em face do disposto no inciso LXI do art. 5º, que estabelece que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Assim, a prisão administrativa, para o fim de expulsão ou deportação de estrangeiro, deve ser decretada pelo Supremo Tribunal Federal, por representação do ministro da Justiça.

De outra banda, o poder-dever de prender infratores em flagrante delito está previsto tanto no Código de Processo Penal comum (art.301), como no Código de Processo Penal Militar (art.243), que atribuem o poder de prender a qualquer pessoa do povo e o dever de fazê-lo às autoridades policiais e militares, respectivamente, quer sejam as infrações penais, comuns ou militares.

Mas o ato de prender, impedir a locomoção voluntária de alguém, exige que se siga a fiel observância da formalização legal dessa prisão, que, no caso de flagrância delitiva, será mediante a lavratura do indispensável Auto de Prisão em Flagrante Delito, que só pode ser presidido pelas autoridades policial, militar ou judiciária competentes .

Já quanto à decretação da prisão, quer de natureza civil, administrativa ou penal, resta claro que, na atual ordem constitucional, esta só poderá ocorrer por ato fundamentado do juiz competente, salvo no caso de prisões disciplinares no âmbito das Forças Armadas, como ressalvado no dispositivo constitucional em questão.

E é esta, a prisão disciplinar, que me parece ser pertinente aqui tratar, que tem inegável natureza administrativa, e é especificamente aplicada no âmbito das Forças Armadas, cujo limite máximo é de trinta dias, conforme previsto no art. 47 e seus parágrafos, da Lei 6.880 de 09 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares) e art. 15, itens 2/3 do Decreto 76.322/75; art. 14, a, itens 2/3, b, itens 2/3, c, itens 2/3, d, itens 2/3, e, itens 2/3, f itens 4/5 do Decreto 88.545/83 e art. 24, incisos IV e V, do Decreto 4.346/2002, respectivamente, Regulamentos Disciplinares da Aeronáutica, Marinha e Exército brasileiros.

## Do controle de legalidade da prisão disciplinar

Essa espécie de prisão, decorrente de ato da Administração Militar, como qualquer ato administrativo, está sujeita à obediência ao princípio da legalidade plena, estando submissa às normas disciplinares que as permitem, no caso, os regulamentos disciplinares já mencionados e, pois, ao controle interno e externo dessa legalidade, em cada caso concreto.

Conquanto a imposição da prisão disciplinar, nas hipóteses permitidas pelos regulamentos disciplinares, seja indispensável à manutenção da disciplina e hierarquia militar, não se pode descuidar da rigorosa observância dos elementos estruturais que a permitem, no que tange à competência para sua imposição, a quantidade de dias de prisão, em face do limite cominado para cada transgressão, a publicidade do ato punitivo, o veículo formal que a abriga, a decisão que a impõe, os motivos e a finalidade da punição.

O controle interno desses requisitos legais será exercido, primeiramente, ex officio, pela autoridade militar hierarquicamente superior à que impôs a sanção, que poderá atenuá-la, agravá-la ou mesmo relevá-la ou cancelá-la; mediante recurso administrativo voluntário do punido, nos casos denominados de reconsideração e representação. Esses recursos estão previstos nos regulamentos disciplinares tanto da Aeronáutica, como da Marinha e do Exército.

Poderá também ser exercido controle externo da legalidade formal de tais prisões pela via jurisdicional, observada a discricionariedade do ato quanto ao seu mérito, o que escapa ao exame judicial pelo princípio da independência dos poderes.

Em tal caso, disponibiliza a Carta Magna o emprego do habeas corpus, garantia constitucional assegurada a todos no inciso LXVIII, art. 5º, da Constituição Federal que prescinde do prévio julgamento de eventuais recursos na via administrativa, em face dos princípios da inafastabilidade do controle judicial e do livre acesso ao Poder Judiciário, insculpidos no inciso XXXV do mesmo dispositivo.<sup>5</sup>

Art. 5º (...).

LXVIII- conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Esse é o entendimento, hoje predominante na doutrina e jurisprudência pátria, a despeito das disposições contidas no § 2º, art. 142, da Carta Política Nacional, que estabelece que “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”.

José Armando da Costa, debruçando-se sobre o tema, diz que “Se a admissão do habeas corpus, como remédio apropriado para a provocação da tutela jurisdicional de legalidade, melindra e vulnera a organização militar, a mesma coisa deverá ocorrer com relação às outras modalidades de punição, as quais, não dizendo respeito ao direito de ir e vir, seriam inapreciáveis, pela via do mandado de segurança, pelos órgãos jurisdicionais. Assim, poderíamos concluir que o ato disciplinar- militar, fosse qual fosse a punição dele resultante, estaria, absolutamente, imune ao controle judicial. Admitir tal asserção seria simplesmente consagrar o absurdo, pois que o próprio Regulamento Disciplinar do Exército assim não concebe”<sup>6</sup>

Esse mesmo autor traz a conhecer idêntico entendimento de Edgar de Magalhães Noronha, in Curso de Direito Processual Penal e J.M. Othon Sidou, in Garantias Ativas dos Direitos Individuais ( Obra citada, notas de rodapé). Acrescento a esses a opinião de Paulo Tadeu Rodrigues, que também admite o uso do remédio heróico em tais casos (Direito Administrativo Militar, Editora Lumen Juris, 2003); Alexandre de Moraes, in Direito Constitucional, Editora Atlas, 1997, p.123 e Pontes de Miranda, in Comentários a Constituição Federal de 1967, com a Emenda 1 de 1969, Tomo V, 2ª ed., 2ª tiragem, pp. 315/316, 1974.

Finalmente, quer sejam os Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, todos admitem o uso do habeas corpus contra a prisão disciplinar

militar, nos casos de ilegalidade e abuso de autoridade. Para ilustrar e amparar essa assertiva, selecionei os seguintes arestos:

Do TRF da 1ª Região: RHC 2002.32.00.003214-8/AM, *DJU* de 14/11/02.

*Ementa:* A jurisprudência construiu que o § 2º do art. 142 da CF veda apenas o exame do mérito do ato administrativo que aplica a punição disciplinar a militar, não o dos possíveis vícios de legalidade, tais como incompetência do agente, inobservância do direito da ampla defesa e ausência do devido processo legal.

No mesmo sentido, RHC 1997.01.00.025984-5/AM, julgado em 1º/09/01; RHC 1997.01.00.028570-9/AM, *DJU* de 03/11/00; RHC 2001.34.00.000844-7/DF, julgado em 14/08/01.

Do Superior Tribunal de Justiça: HC 5.397/DF, *DJU* de 04/08/97.

*Ementa:* Incabível, nos termos do art. 142, § 2º, da Carta da República, *habeas corpus* em relação a punições disciplinares.

A restrição, todavia, circunscreve-se ao exame de mérito. Os aspectos extrínsecos do ato que aplicou a punição disciplinar podem, contudo, ser objeto de apreciação pela via do *mandamus*.

No mesmo sentido: JSTJ 4 e 34, pp. 452 e 94, respectivamente; RHC 1375/SP, *DJU* de 16/10/91; RHC 1.834/DF, *DJU* de 25/05/92; HC 2.015/DF, *DJU* de 31/10/94; HC 17.025/RJ, *DJU* de 03/06/02.

Do Supremo Tribunal Federal: HC 70648-7/RJ, *DJU* de 04/03/94:

*Ementa:* O entendimento relativo ao § 20 do art. 153 da Emenda Constitucional 1/69, segundo o qual o princípio de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do art. 142 da atual Constituição, que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar.

*Habeas corpus* deferido para que o STJ julgue o *writ* que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar do seu não-cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente *habeas corpus* até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não.

Assim é, porque a prisão disciplinar militar é ato administrativo, e o *habeas corpus*, como já disse a Suprema Corte (HC 72391-8/DF, *DJU* de 17/03/95), “é remédio constitucional, destinado a viabilizar a liberdade de locomoção física das pessoas naturais, por qualificar-se como verdadeira ação popular, pode ser utilizado por qualquer pessoa”.<sup>7</sup>

### **Competência para a concessão de *habeas corpus* quando a prisão disciplinar referir-se a militar das Forças Armadas.**

Como já se pode perceber a essa altura, a jurisprudência diz que a competência para conhecer e julgar *habeas corpus* contra prisão disciplinar de militar, integrante das Forças Ar-

madras, é da Justiça Federal comum, respeitada a competência em razão do nível hierárquico da autoridade militar que a decreta, conforme prevê a Constituição Federal ao dispor sobre a competência dos juízes federais (art. 109, VII), dos Tribunais Regionais Federais ( art. 108, I, letra d) e do Superior Tribunal de Justiça (art.105, I, letra c).

Esse é o entendimento da Suprema Corte, como está consignado no último aresto mencionado, cujo paciente é militar da Marinha e a sua prisão disciplinar decorreu de ato do então Ministro da Marinha, por isso a competência originária do STJ.

Também assim têm se posicionado os Tribunais Regionais Federais, como se viu dos julgados trazidos à colação, todos referentes a militares das Forças Armadas, nos casos de Recursos de habeas corpus – RHC, especialmente para o Superior Tribunal de Justiça. É bem esclarecedor o julgamento do TRF-1ª Região no RHC 91.01.15953-4/DF, cuja relatora foi a hoje Ministra do STJ Eliana Calmon. A ementa desse acórdão, publicada no DJU de 10/02/92, tem a seguinte dicção:

1. Sanção disciplinar militar, por ser ato administrativo, foge à competência da Justiça Militar (art. 124 da CF).

Colhe-se do voto condutor, na parte que interessa, o seguinte excerto:

Na hipótese, examinou o Judiciário ato administrativo provocado por fato considerado enquadrado em regulamento disciplinar e não em Código Penal Militar.

Assim, a competência para esquadrihá-lo, sob o aspecto da legalidade, é da Justiça Federal e não da Justiça Militar, como alegou o impetrado.

A Justiça Castrense atualmente tem reduzida atribuição constitucional, incumbindo-se tão-somente dos processos e julgamentos dos crimes militares (art. 124 da CF),

Sendo o ato em exame, ato administrativo emanado de autoridade federal, é competente esta Justiça Federal.

Aliás, esta Turma, julgando em 16/09/91 Recurso de Habeas corpus 91.01.11620-7/DF, decidiu pela competência desta Justiça.

### Posição doutrinária em contrário (*de lege ferenda*)

Antônio Pereira Duarte defende uma alteração na redação do art. 124 da Constituição Federal<sup>8</sup>, com o objetivo de estabelecer a competência para o conhecimento e julgamento de todas as demandas que impliquem o exame da legalidade dos atos da Administração Militar, sob o forte argumento de que a Justiça Federal comum está assoberbada com a pletora de serviço a ela destinada, com milhares de processos aguardando por anos a fio um julgamento final, enquanto que a Justiça Militar está com seu trabalho em dia.

Também o mesmo autor, dá como fundamento do seu convencimento, o fato de que há um grande número de leis militares vigentes, regulando a vida militar que pauta-se dentro de uma realidade sociocultural bem distinta dos demais servidores federais civis, de tal modo que

a Justiça Militar, diferentemente da Justiça Federal comum, tem um maior conhecimento e convivência com esse contexto e, por isso, suas decisões sobre a matéria certamente refletiriam uma apreciação jurisdicional mais condizente com tal realidade.<sup>9</sup>

## Conclusão

Concordo com os fundamentos alinhados pelo ilustre jurista e com a idéia de reforma constitucional, todavia peço-lhe vênica para fazer ressalva quanto à nova redação por ele proposta para o art. 124 da Carta Política, porquanto não creio que a questão possa ser resolvida dessa maneira. A matéria demanda estudos mais aprofundados no campo do Direito Constitucional, especialmente no que tange à técnica legislativa sistemática adotada pela nossa Constituição.

Por outro lado, é oportuno dizer que antes que se promova qualquer alteração constitucional, mister se faz esclarecer a todos que o braço armado do Estado, composto do Exército, Marinha e Aeronáutica, mesmo em tempo de paz, deve estar com os seus contingentes eficiente e suficientemente adestrados, coesos, equipados e vinculados a uma rígida estrutura hierarquizada, onde as ordens superiores são prontamente cumpridas, pois somente assim é que se poderá obter o necessário e desejado êxito no emprego constitucional dessa força.

Para tanto, a prisão disciplinar de até trinta dias, como previsto na Lei 6.880/80, e seus decretos regulamentadores (regulamentos disciplinares), é instrumento administrativo imprescindível, posto que extremamente eficaz para controlar e bem utilizar no propósito constitucional das Forças Armadas, a natural e típica impulsividade, agressividade e rebeldia dos jovens que compõem essas tropas.

Por isso, esse instrumento disciplinar, reconhecidamente indispensável à disciplina, e hierarquia, não pode estar atado a uma burocracia formalista, que possa levar à sua inutilidade, impedindo o seu emprego a tempo e modo no cotidiano das casernas.

Não é exagerado lembrar, a meu ver, o desespero da população brasileira ante a inegável fragilidade do aparelho repressivo do Estado, que parece não poder mais conter a escalada da violência nas cidades e no campo, a ponto de, recentemente, ter sido solicitada a intervenção das Forças Armadas para restabelecer a ordem na cidade do Rio de Janeiro e, também, no Estado do Tocantins, quando a polícia militar local tornou-se insurreta e amotinada.

---

### Notas

<sup>1</sup> Editora Saraiva, 1974, p. 3.

<sup>2</sup> *História e Prática do habeas corpus*, Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, tomo I, pp. 57/58.

<sup>3</sup> Rubem de Oliveira Lima, *Prisão Administrativa*, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 22.

<sup>4</sup> Mesmo autor, obra citada, p.26.

<sup>5</sup> Precedentes do STJ, 5ª Turma, RHC 1.729/SP, DJU de 09/03/92 e RSTJ 03, p. 810.

<sup>6</sup> *Teoria e prática do Direito Disciplinar*, Editora Forense, 1981, pp.189/201.

<sup>7</sup> José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 422, item 1208, 1965, Forense.

<sup>8</sup> *Direito Administrativo Militar*, Editora Forense, 1995, p. 24/25.